

En la Ciudad de Castellón, a dieciséis de noviembre de dos mil doce.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra el Auto dictado el día doce de septiembre de dos mil doce por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de la Instancia número Cinco de Castellón en los autos de Ejecución Hipotecaria seguidos en dicho Juzgado con el número 945 de 2012.

Han sido partes en el recurso, como apelante, NCG Banco SA, representado/a por el/a Procurador/a D/a. Jesús Rivera Huidobro y defendido/a por el/a Letrado/a D/a. Florentino de Molina-Martell Rodríguez.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte Dispositiva del Auto apelado literalmente establece: “Que debo acordar y acuerdo inadmitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria presentada por el procurador D. Jesús Rivera Huidobro en nombre y representación de NCG Banco, S.A., contra Joaquín y María Carmen procediendo al archivo de las actuaciones dejando nota bastante en los libros correspondientes”.

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de NCG Banco SA, se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se estime íntegramente el recurso de apelación interpuesto y se revoque el auto apelado acordando despachar la demanda de ejecución hipotecaria en los términos solicitados en el escrito de demanda.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, que tras tener entrada en el Registro General el día 26 de septiembre de 2012 correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 11 de octubre de 2012 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado Ponente, y por Providencia de fecha 17 de octubre de 2012 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 12 de noviembre de 2012, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los expuestos en el Auto apelado.

PRIMERO.- NCG Banco SA interpone recurso de apelación contra el auto del juzgado que inadmitió a trámite la demanda de ejecución hipotecaria que

intentaba promover contra D. Francisco; D^a María del Carmen, en reclamación de la cantidad debida por éstos en el ámbito del préstamo con garantía hipotecaria reflejado en el título presentado, fijando la entidad financiera en 186.730,98 euros el principal adeudado.

Pretende el banco recurrente que en esta alzada se revoque la resolución que ha impedido el curso del proceso y se acuerde la admisión de la demanda.

SEGUNDO.- Son hechos relevantes que resultan del contenido del procedimiento los siguientes:

a) El día de 8 de enero de 2008 la Caja de Ahorros de Galicia concedió un préstamo a D. Francisco y D^a María del Carmen con garantía hipotecaria sobre la finca descrita en la escritura acompañada a la demanda, que es la finca registral número ...507 del Registro de la Propiedad núm. de Vila-Real (folios 25 y ss.).

b) El 22 de mayo de 2012 el Registro de la Propiedad en que consta inscrita la hipoteca expidió certificación -adjuntada a la demanda- en que la garantía figura inscrita a nombre de la Caja de Ahorros de Galicia (folios 79 y ss).

c) El día 23 de abril de 2012 se confeccionó en sede notarial el que en dicho documento se denomina "acta de liquidación del saldo" en el que el fedatario actuó a requerimiento de NCG Banco SA (folios 110 y ss).

d) Se acompañó a la demanda simple fotocopia de un testimonio notarial, fechado el 30 de septiembre de 2011.

El contenido de dicho parcial testimonio es el siguiente:

"Doy fe: Primero.- Que con fecha 14 de septiembre de 2011, número 1600 de protocolo, autorice escritura de constitución de la entidad NCG Banco SA (Unipersonal) previa segregación de él la Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra. Su domicilio social es el de Rúa Nueva 30,32-15003 A Coruña.

Segundo.- Que se me ha acreditado la inscripción, de fecha 14 septiembre 2011, de la primera copia autorizada de dicha escritura en el registro mercantil de A Coruña, al tomo 3426 de la sección general, folio 1, hoja C-47803, inscripción 1^a, así como su CIF número A70302039.

Tercero.- Que en el otorgamiento de dicha escritura figura lo siguiente: (..)

Segundo.- La Caja aprobó la transmisión del patrimonio segregado (..) a favor del Banco, que se constituye mediante la presente escritura y adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones (...)- el patrimonio segregado está integrado por la totalidad de los activos y pasivos de la caja salvo los activos y pasivos excluidos (..). En particular (..) se hace constar que forman parte del patrimonio segregado la totalidad de los activos, pasivos y relaciones jurídicas de la caja

relativas a su actividad financiera (esto es, a su actividad habitual como entidad de crédito). (...).- El Banco, al adquirir en bloque el patrimonio segregado de la caja, sucede a ésta en todas las relaciones jurídicas, expectativas (..), con carácter general y sin reserva ni limitación alguna, permaneciendo vigente exportar subrogación, sin modificación, gravamen o perjuicio, los derechos y garantías de terceros, quedando el banco en igual posición que respecto a las mismas tenía la Caja.- El Banco, por tanto, continúan todas las relaciones, derechos y obligaciones que pudieran corresponder a la caja en el patrimonio segregado, incluso en cuanto a cualesquiera procedimientos o reclamaciones y recursos judiciales, administrativos, contencioso administrativo o de cualquier índole que se hallen en curso, acordando expresamente que esta sucesión en todo tipo de derechos, obligaciones y acciones o relaciones de hecho de las que fuera titular sea tenida por eficaz en cualquier ámbito judicial o extrajudicial y a todos los efectos respecto a terceros, sin más requisitos que la exhibición de copia autorizada o testimonio parcial de esta escritura.- (...) La titularidad del patrimonio segregado corresponderá al banco (...) que, por la sucesión operada ipso iure por imperio de la ley, quedará legitimado de forma automática y sin solución de continuidad para realizar sobre dicho patrimonio toda clase de actos de disposición, dominio, gravamen y administración por cualquier título válido en derecho, así como exigir la inscripción a su favor en toda suerte de registros y/ o ejercitar cualquier clase de acciones relativas al mismo por quedar el banco en igual posición a la que correspondía a la caja en relación con el patrimonio segregado.- Se entiende igualmente operada la "traditio ficta" del patrimonio segregado por razón del otorgamiento de la presente escritura, incluyendo expresamente los bienes inmuebles, marcas, nombres comerciales, así como concesiones administrativas.

(..)"

El último apartado del testimonio es el que en el mismo se enumera "Octavo" y se refiere a la ratificación de los apoderamiento anteriormente otorgados por la Caja. (folios 126 y ss).

TERCERO.- El núcleo de la divergencia de la recurrente con la resolución dictada en el primer grado de la jurisdicción radica en que, según la promotora de la ejecución, no es necesario para la incoación del proceso la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión a su favor del crédito y de la garantía real constituida en su día.

Resumiendo el argumentario de la entidad bancaria recurrente, que tan comprensible como innecesariamente reitera a lo largo de su escrito las alegaciones que considera más relevantes, sostiene ésta que la efectividad de la cesión de los derechos adquiridos por NCG Banco SA a Caja de Ahorros de Galicia no requiere la inscripción en el Registro de la propiedad; invoca el artículo 540 de la LEC relativo a la ejecución a favor del sucesor del que figure en el título y dice que el artículo 685 y sus concordantes no exigen que se acredite la inscripción de la cesión en casos como el presente. Es irrelevante la mención a la existencia de precedentes en que -dice la recurrente- ninguna dificultad ha

encontrado para obtener la ejecución, por cuanto el grado de razón que pueda asistirle ha de ser cualitativo, no cuantitativo; esto es, no dependerá del número de resoluciones favorables, sino de la solvencia jurídica de su postura a criterio del tribunal a quien compete la resolución.

No es la primera vez que esta Sala debe pronunciarse sobre la cuestión nuclear planteada, pues lo ha hecho con anterioridad en procedimientos en que, como aquí, instaba la ejecución quien no aparecía en el Registro de la Propiedad como titular de la garantía que pretendía realizar (Autos núm. 133 de 12 de julio de 2012 y núm. 141 de 24 de julio de 2012). En lo que coincide con los motivos del recurso, se reiterará lo que se dijo en las citadas resoluciones, pues no encontramos razones para variar de criterio.

El recurso debe ser desestimado, por los siguientes motivos:

1. Puesto que nos encontramos en el marco de un proceso de ejecución de título no judicial, conviene recordar una vez más que el carácter sumario y con limitadas causas de oposición de esta clase de procesos debe comportar un control estricto de los títulos que pueden dar lugar a la misma. En relación con el proceso de ejecución no hipotecaria lo ha dicho este tribunal en varias ocasiones (por ejemplo, Autos núm. 53 de 24 febrero 2009 y núm. 239 de 18 de noviembre de 2009).

El rigor y la exigencia han de ser mayores cuando se trata de ejecución sobre bienes hipotecados, en que son más limitadas todavía las causas de oposición admisibles y ni siquiera hay traba previa, sino directamente enajenación del inmueble sujeto a la garantía si el deudor no procede al pago.

En este sentido, se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1159/2004 de 3 diciembre que es doctrina jurisprudencial la que sienta “como principio general el del rigor formal del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, que su extraordinaria limitación de cognición procesal exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos”. La STS núm. 105/2007 de 7 febrero reitera el criterio que acaba de transcribirse y añade, en relación con el rigor en la observancia de los trámites y formalidades legales que, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso de ejecución, “ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa”.

2. La doctrina legal a que acaba de hacerse referencia es tan aplicable al trámite procesal como al rigor en la exigencia de que el contenido del título aportado se ajuste, objetiva y subjetivamente, al derecho de ejecución que pretende ejercitarse.

Hemos de advertir que no se ponen en duda por este tribunal en el presente caso la existencia del derecho de crédito que pueda ostentar NCG Banco SA frente a los prestatarios contra quienes formula la demanda, en la medida en que, a tenor de la fotocopia del testimonio antes transcrito no presenta dificultad la admisión de

que el préstamo concedido por Caja de Ahorros de Galicia a D. Francisco y D^a María del Carmen forma parte de las relaciones jurídicas de la Caja relativas a su actividad financiera o, como en la escritura testimoniada se precisaba, de su actividad habitual como entidad de crédito (art. 177 C. Comercio; art. 1 Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas) y se comprendía en el ámbito de la transmisión efectuada por la Caja a favor de NCG Banco SA.

Lo único que se cuestiona es si puede incoarse el singular proceso de ejecución hipotecaria en base a los títulos y certificación registral obrante en los autos.

Aunque la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo (art. 145 LH, entre otras, STS de 18 de octubre de 2007 - ROJ: STS 6432/2007-), lo cierto es que ningún precepto establece con claridad que la efectividad de la cesión de la garantía real de hipoteca requiera asimismo la inscripción registral de la que, por lo tanto, no afirmamos que tenga carácter constitutivo.

Pero sí cabe sostener que, si no la cesión del crédito, sí requiere la inscripción registral la transmisión de la garantía para que pueda realizarse la misma mediante el singular proceso de ejecución hipotecaria, opinión que viene avalada por la redacción de los preceptos a que luego haremos referencia.

No creemos que pueda tramitarse un proceso de ejecución hipotecaria en base a un título en el que aparece como titular del derecho real de garantía alguien distinto a quien promueve el proceso, que tampoco figura como titular del derecho en la inscripción registral.

No sirve a la estimación del recurso el alegato de que el artículo 685 y sus concordantes no exigen que la cesión del crédito garantizado con hipoteca esté inscrita en el Registro de la Propiedad. No se cuestiona -no lo hace la resolución apelada- que a la demanda se acompañaron los documentos a que se refieren los arts. 685, 550, 573 y 574 de la ley procesal civil. Pero sí que proceda la incoación del procedimiento una vez que se ha comprobado que la ejecutante no figura como titular del derecho que pretende ejercitar en el Registro de la Propiedad en que se inscribió la hipoteca:

a) En primer lugar, porque la norma del art. 540 de la ley procesal civil acerca del despacho de ejecución a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título, contenida entre las disposiciones generales de la ejecución, debe ceder ante la especialidad de la singular disciplina legal del proceso sobre bienes hipotecados, a cuyas diferencias ya antes se ha hecho referencia. Y esta singular disciplina ("particularidades de la ejecución" es la denominación del epígrafe legislativo que precede al artículo 681 y los que le siguen) exige rigor extremo en el cumplimiento de las formalidades a que se refieren los arts. 685, 688 y concordantes de la ley procesal.

El título en que se basa la ejecución hipotecaria (art. 685) y la inscripción registral han de ser suficientes por sí mismos para la incoación y el posterior progreso del procedimiento, sin necesidad de integración con otros documentos, pues en tal caso no tendría sentido ni utilidad la certificación a que se refiere el art. 688 LEC.

b) Por otra parte, no debe prescindirse de que el art. 149 LH, tras admitir la cesión del préstamo garantizado con hipoteca, manda que se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad, que es lo que no se ha hecho en el presente caso. No es relevante a los fines de la presente resolución que este precepto ya no exija que se notifique al deudor, mandato que permanece en la redacción del art. 242 del Reglamento; de todos modos, en la escritura acompañada a la demanda se incluyó una cláusula mediante la que los deudores renunciaban a esta notificación.

En el mismo sentido que el art. 149 de la Ley, el art. 244 del Reglamento dispone que la cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario, excepto en los casos a que se refiere el art. 150 de la Ley. Y en el presente caso ni se ha inscrito la cesión, ni se trata de un supuesto exceptuado, pues el art. 150 se refiere a las hipotecas constituidas para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador.

Por otra parte, dispone el art. 130 LH que “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”. Pues bien, si con arreglo a esta norma debe existir concordancia entre la pretensión del instante de la ejecución contra el bien hipotecado y el título asentado en el Registro de la Propiedad, no existe tal homogeneidad si, siendo el promotor de la ejecución NCG Banco SA, resulta que no es dicha entidad el titular de la garantía según el asiento, pues lo es Caja Galicia.

3. Es propio de la disciplina legal hipotecaria el principio de la necesidad de la inscripción como requisito para la eficacia de la garantía real. Tanto para entender constituida la misma como, por lo menos, para la virtualidad de la modificación subjetiva afectarte a alguna de las partes. Citamos, siquiera por analogía, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que dispone en su artículo 5 que la subrogación no surte efectos frente a terceros si no se ha inscrito en el Registro; podemos decir que los prestatarios contra quienes se plantea la ejecución son parte en el préstamo hipotecario, pero tienen la condición de terceros en el ámbito de la transmisión del crédito concertada entre Caja Galicia y NCG Banco SA.

En el mismo sentido de abundar en la exigencia legal de la inscripción de la cesión y su trascendencia, obsérvese que el art. 150 LH dice expresamente que el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro, cuando la hipoteca se hubiere constituido para

garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador. Por lo tanto, habremos de convenir que cuando no se trate de hipoteca en garantía de tal clase de obligaciones, como es el presente caso, la inscripción es necesaria para que se entienda transferida la garantía, lo que está en consonancia con lo que dispone el ya citado art. 149 LH.

Recordemos que mediante el proceso de ejecución que promueve la recurrente pretende la realización de la garantía, no simplemente que se le reconozca la condición de acreedora.

Debe distinguirse entre el crédito y la garantía hipotecaria. Convenimos con el banco que el crédito puede considerarse transmitido sin necesidad de la inscripción. Pero creemos que con arreglo a la disciplina legal aplicable la garantía real no se transmite a favor del banco cesionario de aquél mientras no se haya inscrito la cesión de la misma en el registro inmobiliario.

4. Resumiendo:

4.a) El proceso de ejecución hipotecaria se sustenta en la certeza, fiabilidad y garantía que ofrece el contenido del Registro de la Propiedad. Por ello, si no puede acompañarse a la demanda el título inscrito, deberá adjuntarse certificación del Registro acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2 LH) y, una vez incoado el proceso, se reclama del Registrador certificación de la correspondiente inscripción (art. 688 LH).

4.b) El sistema de folio real o por fincas (arts. 8.1 y 2, 13.1 y, sobre todo, 243 LH) comporta que todas las incidencias que afecten a una finca, entre las que se cuenta la cesión de la garantía real constituida, consten en la correspondiente inscripción.

4.c) La cesión de la garantía debe figurar en el Registro, por así mandarlo los artículos 149 LH y 244 RH.

4.d) Por otra parte, promoviendo la ejecución NCG Banco SA y apareciendo en el Registro como titular de la garantía Caja Galicia, no existe entre los elementos subjetivos de petición e inscripción la identidad que exige el art. 130 LH.

Por lo tanto, para la ejecución de la garantía a instancia de NCG Banco SA debió previamente inscribirse la cesión de la misma a su favor.

No se cuestiona que el crédito que ostentaba Caja Galicia frente a aquéllos contra quienes se dirige la demanda de ejecución se haya cedido a NCG Banco SA. Pero lo que impide ahora que se siga el proceso promovido para la ejecución de la garantía real constituida en garantía de aquél es la falta de inscripción de la cesión de ésta en el registro inmobiliario.

Como ya se ha dicho, tanto el artículo 149 de la Ley, como el art. 244 del Reglamento Hipotecario disponen que la cesión del crédito hipotecario debe

consignarse en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario. Y en un proceso en que la observancia de las formas y los requisitos legalmente exigidos se constituye en el sustento de la eficacia del título inscrito frente al deudor, a la vez que en la extraordinaria limitación de los medios de defensa de éste (art. 695 LEC), lo menos que puede exigirse a la entidad financiera que pretende ejecutar la garantía hipotecaria es que cumpla la ley, lo que no hace si, como es el caso, no ha inscrito la cesión de la misma a su favor.

En definitiva, una vez que se ha constatado que la ejecutante de la garantía no es la titular registral de la misma, bien acordada estuvo la inadmisión a trámite de la demanda de ejecución hipotecaria, lo que no obsta a que la entidad bancaria recurrente haga valer su derecho en el proceso declarativo correspondiente (art. 552.3 LEC).

Se impone, por lo dicho, la confirmación de la resolución apelada.

CUARTO.- La desestimación del recurso que se sigue de lo dicho da lugar a la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por su recurso (art. 398 LEC).

Rechazada la apelación, pierde la recurrente la cantidad consignada para su tramitación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de NCG Banco SA contra el Auto dictado por la Ilma. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Castellón en fecha doce de septiembre de dos mil doce, en autos de Ejecución Hipotecaria seguidos con el número 945 de 2012, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida e imponemos a la parte recurrente las costas causadas por su apelación.

Se declara la pérdida de la cantidad consignada como depósito para recurrir, puesto que se desestima el recurso de apelación.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Marco Cos.- Enrique Emilio Vives Reus.- Adela Bardón Martínez.

Diligencia.- Para hacer constar que en el mismo día de la resolución anterior y por parte del Ilmo. Magistrado Ponente, se me hace entrega de la presente resolución para su notificación a las partes, expidiéndose el correspondiente testimonio que queda unido a las actuaciones y archivándose el original en el legajo

correspondiente; de lo que doy fe.